



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

Schmerzrechtsprechung am Wendepunkt?

Gächter, Thomas ; Tremp, Dania

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-50049>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Gächter, Thomas; Tremp, Dania (2011). Schmerzrechtsprechung am Wendepunkt? Jusletter, 12(16.05.2011):online.

Prof. Dr. Thomas Gächter / Dr. Dania Tremp

Schmerzrechtsprechung am Wendepunkt?

Die Rechtsprechung zu den somatoformen Schmerzstörungen (BGE 130 V 352) wurde in den letzten sechs Jahren auf weitere Krankheitsbilder ausgedehnt, u.a. in einem vielbeachteten Leitentscheid auf HWS-Traumata (BGE 136 V 279). Die eingehende kritische Diskussion dieser Rechtsprechung hat aufgezeigt, wo ihre Grenzen liegen. Insbesondere die für die Zumutbarkeitsbeurteilung zentralen Kriterien (Foerster-Kriterien) erscheinen spätestens seit ihrer eingehenden Analyse durch Jörg Jeger nicht mehr haltbar. Zudem wird die erste Etappe der 6. IVG-Revision, die voraussichtlich am 1. Januar 2012 in Kraft tritt, die Praxis vor neue Herausforderungen stellen. Die Praxis steht damit am Wendepunkt. Nur: Wohin soll sie sich wenden?

Rechtsgebiet(e): Beiträge; Gesundheitsrecht; Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung

Zitiervorschlag: Thomas Gächter / Dania Tremp, Schmerzrechtsprechung am Wendepunkt?, in: Jusletter 16. Mai 2011

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage und Problemstellung
 1. Ausgangslage
 2. Problemstellung
- II. Vermutung und Vermutungsbasis
 1. Struktur
 2. Vorteile der bundesgerichtlichen Argumentationsstruktur
 3. Insbesondere: «Foerster-Kriterien»
- III. Weitere Problematik
- IV. Schmerz als falscher Ansatzpunkt?
 1. Anforderungen an alternative Konzepte
 2. Sachgerechtigkeit statt blosser Sparwille
- V. Wie weiter?

I. Ausgangslage und Problemstellung

1. Ausgangslage

[Rz 1] Bei psychischen Leiden ist es bereits seit langer Zeit konstante Praxis des Bundesgerichts, ein psychiatrisches Gutachten zu fordern, welches das Ausmass der durch das psychische Leiden verursachten Arbeitsunfähigkeit bestimmt. Allein die subjektiven (Schmerz-)Angaben der versicherten Person reichen nicht aus, vielmehr bedarf es der Angabe korrelierender, fachärztlich schlüssig feststellbarer Befunde.¹ Die Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit muss in jedem Einzelfall unabhängig von der Diagnose ausgewiesen und in ihrem Umfang bestimmt werden. Dabei ist ein objektiver Massstab anzuwenden und anhand dessen festzustellen, ob und inwiefern der versicherten Person trotz ihres Leidens die Verwertung ihrer Restarbeitsfähigkeit auf dem ihr nach ihren Fähigkeiten offenstehenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt noch sozial-praktisch zumutbar und für die Gesellschaft tragbar ist.²

[Rz 2] Im Jahr 2004 bestätigte das Bundesgericht, dass das Vorliegen eines fachärztlich ausgewiesenen psychischen Leidens mit Krankheitswert, worunter auch somatoforme Schmerzstörungen fallen, aus rechtlicher Sicht zwar Voraussetzung, nicht aber ausreichende Basis für die Annahme einer invalidisierenden Einschränkung der Arbeitsfähigkeit sei.³ Das Bundesgericht hielt fest, dass eine diagnostizierte anhaltende somatoforme Schmerzstörung als solche in der Regel keine lang dauernde, zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit zu bewirken vermöge. Die nur ausnahmsweise anzunehmende Unzumutbarkeit der willentlichen Schmerzüberwindung und des Wiedereinstiegs in eine Tätigkeit setze das Vorliegen einer mitwirkenden, psychisch ausgewiesenen Komorbidität von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer oder aber das

Vorhandensein anderer qualifizierter, mit gewisser Intensität und Konstanz erfüllter Kriterien voraus (sogenannte «FOERSTER-Kriterien», BGE 130 V 352).⁴

[Rz 3] Diese im Bereich der somatoformen Schmerzstörung entwickelten Grundsätze zur Würdigung des invalidisierenden Charakters wurden in den darauffolgenden Jahren auf weitere Leiden ausgedehnt. So auf die Fibromyalgie⁵, auf das Chronic Fatigue Syndrome (CFS) oder Neurasthenie⁶, auf dissoziative Sensibilitäts- und Empfindungsstörungen⁷ und auf dissoziative Bewegungsstörungen⁸. Die Ausdehnung der vorstehend geschilderten Schmerzrechtsprechung auf HWS-Verletzungen ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle wurde von Praxis und Lehre eingehend diskutiert. Im Februar 2011 entschied das Bundesgericht schliesslich, dass auch eine diagnostizierte nichtorganische Hypersomnie nach den Kriterien der Schmerzrechtsprechung zu beurteilen sei.⁹

[Rz 4] Neuerdings bezeichnet JÖRG JEGER diese Krankheitsbilder zusammenfassend – in Anlehnung an die in der Schlussbestimmung zur IVG-Revision 6a übernommene bundesgerichtliche Umschreibung der «pathogenetisch-ätiologisch unklare(n) syndromale(n) Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage» – als «PÄUSBONOG».¹⁰ Eine neue Volkskrankheit mit bundesgerichtlich induzierter Weiterverbreitung!

2. Problemstellung

[Rz 5] Verschiedene Entwicklungen der jüngeren Zeit legen die Vermutung (oder zumindest: die Hoffnung) nahe, dass die Entwicklung der Schmerzrechtsprechung an einem Wendepunkt angelangt ist:

- Unterdessen besteht wohl Konsens, dass es für die in der Rechtsprechung zentrale Vermutung, Schmerzen aufgrund von «PÄUSBONOG» seien zumutbarerweise überwindbar, einer gesicherten empirischen Grundlage bedürfte.¹¹
- Die eingehende Literaturrecherche JEGERS legt dar, dass die Prognosekriterien nach FOERSTER den Anforderungen an eine solche Grundlage in keiner Weise genügen.¹²

¹ BGE 130 V 352, E. 2.2.2; Urteil des Bundesgerichts I 382/00 vom 9. Oktober 2001, E. 2b; Urteil des Bundesgerichts I 53/02 vom 2. Dezember 2002, E. 2.2.

² BGE 102 V 165; 127 V 294, E. 4c und 5a.

³ BGE 130 V 352, E. 2.2.3.

⁴ BGE 130 V 352, E. 2.2.3.

⁵ BGE 132 V 65, E. 4.

⁶ Urteil des Bundesgerichts 9C_662/2009 vom 17. August 2010, E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts I 70/07 vom 14. April 2008, E. 5.

⁷ SVR 2007 IV Nr. 45 S. 149; Urteil des Bundesgerichts I 9/07 vom 9. Februar 2007, E. 4.

⁸ Urteil des Bundesgerichts 9C_903/2007 vom 30. April 2008, E. 3.4.

⁹ Urteil des Bundesgerichts 9C_871/2010 vom 25. Februar 2011, E. 4.3.

¹⁰ JEGER JÖRG, Die Entwicklung der «Foerster-Kriterien», in: Jusletter vom 16. Mai 2011, Rz. 3 (zit.: Entwicklung).

¹¹ Siehe sogleich Rz. 6 ff.

¹² Siehe sogleich Rz. 13 ff.

- Die Ausdehnung auf immer neue – auch nicht-schmerzbezogene – Krankheitsbilder bzw. Diagnosen macht weiter deutlich, dass die Prognosekriterien, die bereits bei Schmerzproblematiken im engeren Sinn nicht genügen, für andere Diagnosen zu schwer nachvollziehbaren Ergebnissen führen.¹³
- Die Praxis wird voraussichtlich ab 1. Januar 2012 vor neuen Herausforderungen stehen, wenn gemäss der Schlussbestimmung zur IVG-Revision 6a, welche die ausserordentliche Überprüfung von sämtlichen Renten fordert, die in den letzten 15 Jahren aufgrund von «PÄUSBONOG» zugesprochen worden sind, die Zumutbarkeit der willentlichen Schmerzüberwindung zu beurteilen ist. Eine direkte und nicht angepasste Übernahme der Schmerzrechtsprechung für Fälle, in denen bereits seit mehreren Jahren Renten ausgerichtet werden und die Desintegration aus dem Arbeitsmarkt stark fortgeschritten ist, ist nach dem Willen des Bundesrates nicht vorgesehen; und wäre im Ergebnis auch äusserst stossend.¹⁴
- Schliesslich findet sich – was selbstverständlich das Gericht nicht bindet – in einer wissenschaftlichen Publikation von Prof. Dr. ULRICH MEYER, Präsident der II. Sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts, der Hinweis darauf, dass die gegenwärtige Schmerzrechtsprechung nicht beanspruchen kann, der Weisheit letzter Schluss zu sein, und allenfalls anzupassen wäre, wenn tragfähige psychiatrische Konzepte für die Beurteilung von «PÄUSBONOG» vorgelegt würden.¹⁵

II. Vermutung und Vermutungsbasis

1. Struktur

[Rz 6] Die vorstehend beschriebene Rechtsprechung des Bundesgerichts basiert auf einer Vermutung. Es handelt sich dabei um eine qualifizierte natürliche Vermutung, bei welcher von Bekanntem auf Unbekanntes geschlossen wird. Eine solche qualifizierte natürliche Vermutung hat Normcharakter, gilt somit als allgemeine Regel.¹⁶ Der Rückgriff auf eine

Vermutung hat für den Rechtsanwender eine Beweiserleichterung zur Folge, was von Vorteil ist, wenn Beweisschwierigkeiten vorliegen.¹⁷ Der Beizug einer Vermutung dient also der Praktikabilität des Rechtssystems.¹⁸

[Rz 7] Bei den «PÄUSBONOG» liegen nun genau solche Beweisschwierigkeiten vor, da die Rechtsanwendung vor dem Dilemma steht, dass der Gesundheitszustand und die sich allenfalls daraus ergebenden Einschränkungen in der Arbeitsfähigkeit der versicherten Person nicht aufgrund ihrer subjektiv geklagten Beschwerden, sondern nach einem objektiven Massstab beurteilt werden müssen.¹⁹

[Rz 8] In der Schweizer Psychiatrie fehlt es hinsichtlich der «PÄUSBONOG» an einer einheitlichen Lehre und Praxis bezüglich der Diagnosestellung und Schweregradbeurteilung sowie der Abschätzung der sich daraus ergebenden Einschränkungen. Die Beurteilung kann zudem nie völlig ermessensfrei erfolgen.²⁰ Deshalb greift das Bundesgericht auf eine qualifizierte natürliche Vermutung zurück. Dabei ist die Vermutungsbasis (Vorliegen eines «PÄUSBONOG») mittels des Hauptbeweises (Diagnose eines «PÄUSBONOG») zu belegen. Die Vermutungsfolge (zumutbare Überwindbarkeit der Schmerzen) bedarf sodann keines Beweises mehr und kann nur mittels eines Gegenbeweises entkräftet werden. Für «PÄUSBONOG» besteht der Gegenbeweis entweder im Nachweis, dass eine mitwirkende, psychisch ausgewiesene Komorbidität von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer vorliegt oder dass andere «FOERSTER-Kriterien» mit einer gewissen Intensität und Konstanz gegeben sind.²¹

2. Vorteile der bundesgerichtlichen Argumentationsstruktur

[Rz 9] Bei den «PÄUSBONOG» fehlt es an organisch nachweisbaren Beeinträchtigungen. Ein direkter Beweis bezüglich des Gesundheitszustands sowie des vorhandenen funktionalen Leistungsvermögens ist bei den Betroffenen praktisch ausgeschlossen.²² Es ist kaum möglich, die von einer versicherten Person subjektiv erlebten Schmerzen und

¹³ Siehe sogleich Rz. 10, 15.

¹⁴ Siehe GÄCHTER THOMAS/SIKI EVA, Sparen um jeden Preis? Kritische Würdigung der geplanten Schlussbestimmung zur 6. IVG-Revision, in: Jusletter vom 29. November 2010, Rz. 50 ff.

¹⁵ MEYER ULRICH, Somatoforme Schmerzstörung – ein Blick zurück auf eine Dekade der Entwicklung, in: Schaffhauser René/Kieser Ueli (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2010, St. Gallen 2011, S. 9 ff., 32 (zit.: Dekade).

¹⁶ MÜLLER URS, Die natürliche Vermutung in der Invalidenversicherung, in: Riemer-Kafka Gabriela/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 549 ff., 551; ihm folgend GÄCHTER THOMAS, Grundsätzliche

Einordnung von BGE 136 V 279, in: HAVE 1/2011, S. 55 ff., 57 (zit.: HAVE); GÄCHTER THOMAS/TREMP DANIA, Praxisänderung zur Invalidenrente nach einem HWS-Trauma, in: Jusletter vom 27. September 2010, Rz. 32; siehe auch KUMMER MAX, Art. 8 ZGB, in: Berner Kommentar, Bd. I, 1. Abteilung, Einleitung, Bern 1966, N 317.

¹⁷ MÜLLER (Fn. 16), S. 550.

¹⁸ KUMMER (Fn. 16), Art. 8 ZGB, N 320.

¹⁹ MEYER, Dekade (Fn. 15), S. 11.

²⁰ MEYER, Dekade (Fn. 15), S. 13 f.; MEYER ULRICH, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, namentlich für den Einkommensvergleich in der Invaliditätsbemessung, in: Schaffhauser René/Schlauri Franz (Hrsg.), Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen 2003, S. 27 ff., 73 (zit.: Arbeitsunfähigkeit).

²¹ MÜLLER (Fn. 16), S. 552 ff., 563 f.

²² MEYER, Arbeitsunfähigkeit (Fn. 20), S. 46, 62 f.

ihre subjektive seelische Verfassung objektiv festzustellen.²³ Ein Vorteil der bundesgerichtlichen Schmerzrechtsprechung besteht daher darin, dass diese faktische Unklarheit durch die Anwendung einer Vermutung überwunden wird.

[Rz 10] Ein weiterer Vorteil der bundesgerichtlichen Schmerzrechtsprechung ist darin zu sehen, dass ähnliche Krankheitsbilder – durch die rechtsgleiche Anwendung der «FOERSTER-Kriterien» auf alle «PÄUSBONOG» – mit Blick auf die Zumutbarkeitsbeurteilung gleichgestellt werden, d.h. es gibt z.B. für leichte HWS-Traumata keine Sonderstellung mehr.²⁴ Das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV verlangt denn auch, dass hinsichtlich der invalidisierenden Wirkung nicht objektivierbarer gesundheitlicher Beeinträchtigungen der gleiche normative Massstab zur Anwendung gelangt.²⁵ Dies ist umso wichtiger, als gerade bei unklaren gesundheitlichen Ursachen die Zumutbarkeitsbeurteilung ohnehin ein ausgeprägtes Werturteil darstellt, welches u.a. stark vom Menschenbild der urteilenden Person abhängt.²⁶ Zugleich ist einschränkend anzumerken, dass diese Argumentation nur dann haltbar ist, wenn die Krankheitsbilder tatsächlich eine hinreichende Ähnlichkeit aufweisen; was bereits bei der jüngsten Ausdehnung der Rechtsprechung auf nichtorganische Hypersomnie nicht mehr plausibel erscheint.²⁷

[Rz 11] Sodann hat die bundesgerichtliche

Schmerzrechtsprechung den Vorzug, dass sie eine klarere Aufgabenteilung zwischen Arzt und Jurist zumindest begünstigt.²⁸ Der Gutachter wird bei der Diagnosestellung sowie bei der Untersuchung, ob möglicherweise gewisse «FOERSTER-Kriterien» erfüllt sind, zu einer systematischen und für den Rechtsanwender nachvollziehbaren Beurteilung gezwungen, wodurch eine rechtsgleiche Behandlung der Patienten mit gleicher Diagnose begünstigt wird.²⁹

[Rz 12] In Anbetracht dieser Vorteile ist die Schmerzrechtsprechung von ihrer Struktur her klar zu begrüssen. Das Prüfungsprogramm ist klar vorgegeben und das Vorgehen bei der Beurteilung ist geordnet. Auch die Gleichbehandlung verschiedener Krankheitsphänomene ist nicht unbedingt falsch, wenn sie tatsächlich hinreichende Ähnlichkeiten aufweisen. Insofern bedeutet die Rechtsprechung einen eigentlichen Durchbruch.

3. Insbesondere: «FOERSTER-Kriterien»

[Rz 13] Die «FOERSTER-Kriterien», welche Grundlage für die Vermutungsfolge bilden und den Gegenbeweis darstellen, lassen sich jedoch in der Form, wie sie vom Bundesgericht gehandhabt werden, nicht mehr länger halten. JEGER hat mit seiner eingehenden Literaturrecherche nachvollziehbar dargelegt, dass sich aus den Publikationen von FOERSTER nicht ergibt, auf welcher (empirischen) Grundlage er zu den Prognosekriterien gekommen ist. Es liegt keine wissenschaftliche Arbeit vor, die den Zusammenhang zwischen seinen Kriterien und der Wiedereingliederungschance belegt. Weiter existiert auch kein Nachweis, dass – wie es das Bundesgericht handhabt – der psychischen Komorbidität eine herausgehobene Stellung zukommt, wie dies das Bundesgericht anzunehmen scheint.³⁰

[Rz 14] Die mit BGE 130 V 352 bzw. BGE 131 V 49 eingeführte Vermutung, d.h. ihre Grundlage, wird vom Bundesgericht im Urteil denn auch nicht näher begründet.³¹ Dass sich aus der spezialisierten medizinischen Lehre nichts Gegenteiliges ableiten lässt³², reicht zur Begründung keinesfalls aus. Daher muss die Frage erlaubt sein, ob die bisherige Schmerzrechtsprechung des Bundesgerichts weiterhin in dieser Form zur Anwendung gelangen soll und darf.

²³ MEYER, Dekade (Fn. 15), S. 13.

²⁴ ULRICH MEYER führt dazu aus: «Seit 1991, als das EVG mit BGE 117 V 359 seine Rechtsprechung zum Schleudertrauma begründete, hat sich im Zuge der Beurteilung zahlreicher Einzelfälle mehr und mehr der Eindruck verstärkt, dass Beeinträchtigungen nach HWS-Distorsionen (und vergleichbaren Verletzungen) sich *nicht wesentlich* von anderen syndromalen Zuständen und Entwicklungen unterscheiden, wie sie sonst bei Schmerzpatienten und -patientinnen anzutreffend sind.» MEYER ULRICH, Das Schleudertrauma, anders betrachtet, in: Riemer-Kafka Gabriela/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 473 ff., 476 (zit.: Schleudertrauma). Auch neuere medizinische Studien kommen zum Schluss, dass sich die Beschwerden in Folge leichter bis mittlerer HWS-Schleudertrauma nicht signifikant von den Beschwerden bei unspezifischen Nackenschmerzen unterscheiden, weshalb sich eine gesonderte Betrachtung bezüglich Schmerz, Funktion oder Prognosen nicht rechtfertigt (RADANOV BOGDAN P. ET AL., Are Symptoms of Late Whiplash Specific? A Comparison of SCL-90-R Symptom Profiles of Patients with Late Whiplash and Patients with Chronic Pain Due to Other Types of Trauma, in: The Journal of Rheumatology 2011; 38:6; VERHAGEN ARIANNE P. ET AL., Do whiplash patients differ from other patients with non-specific neck pain regarding pain, function or prognosis?, in: Manual Therapy [2011], S. 1 ff., 6).

²⁵ MEYER, Dekade (Fn. 15), S. 28.

²⁶ MURER ERWIN, Die Zumutbarkeit als Schlüsselbegriff des Entschädigungsrechts, in: Murer Erwin (Hrsg.), Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen zugemutet werden?, Bern 2008, S. 1 ff., 24 f. (zit.: Schlüsselbegriff).

²⁷ Urteil des Bundesgerichts 9C_871/2010 vom 25. Februar 2011, E. 4.3. Kann ernsthaft erwartet werden, dass dieses Leiden aus eigener Kraft überwunden werden kann? Selbst das Medas-Gutachten deutete im entsprechenden Fall deutlich in eine andere Richtung.

²⁸ GÄCHTER THOMAS, Die Zumutbarkeit und der sozialversicherungsrechtliche Beweis, in: Murer Erwin (Hrsg.), Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen zugemutet werden?, Bern 2008, S. 229 ff., 260 (zit.: Beweis); JEGER, Entwicklung (Fn. 10), Ziff. 4.3.

²⁹ JEGER JÖRG, Die Beurteilung der medizinischen Zumutbarkeit, in: Murer Erwin (Hrsg.), Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen zugemutet werden?, Bern 2008, S. 85 ff., 101 (zit.: Zumutbarkeit).

³⁰ JEGER, Entwicklung (Fn. 10), nach Rz. 132.

³¹ MÜLLER (Fn. 16), S. 569.

³² MEYER, Dekade (Fn. 15), S. 25.

III. Weitere Problematik

[Rz 15] Aufgrund der fehlenden empirischen Abstützung der FOERSTER-Kriterien erscheint es zweifelhaft, ob die Grenzziehung zwischen Personen, die eine Invalidenrente erhalten, und Personen, die keine bekommen, mit den bei den betroffenen Personen vorhandenen Beschwerden und Behinderungen tatsächlich korreliert.³³ Durch die fast schon epidemische Ausweitung der Rechtsprechung auf immer neue Krankheitsbilder wird zudem offenbar, dass die Rechtsprechung an vielen Stellen nicht passt.³⁴

[Rz 16] Eine strikte und schematische Anwendung der Vermutung im Rahmen der Schmerzrechtsprechung birgt zudem die Gefahr, dass der Grundsatz der freien Beweiswürdigung sowie der Rechtsanwendung von Amtes wegen verletzt werden.³⁵ Ausserdem verleitet die Anwendung des Kriterienkatalogs oft zu «Alles-oder-nichts»-Beurteilungen, was nicht immer angemessen sein dürfte.³⁶

[Rz 17] Ein weiteres Problem der Schmerzrechtsprechung liegt, wie schon verschiedentlich vorgebracht worden ist, in der Art und Weise der Kommunikation: Wenn einer versicherten Person von Seiten der Behörden mitgeteilt wird, dass die Abklärungen ergeben hätten, dass sie ihre Beschwerden mit zumutbarer Willensanstrengung überwinden und zu 100% arbeiten könne, so kann dies auf die betroffene Person verständlicherweise verletzend wirken.³⁷ Möglicherweise stellt sie sich auch die Frage, ob die Behörden sie und ihre Beschwerden tatsächlich ernst nehmen. Die Behörden sollten sich daher um eine andere Formulierung bemühen. Es könnte allenfalls schon ausreichen, wenn eine Leistungsverweigerung damit begründet wird, dass keine genügenden Beweise für die Annahme einer rechtlich relevanten Arbeitsunfähigkeit vorliegen.³⁸

IV. Schmerz als falscher Ansatzpunkt?

1. Anforderungen an alternative Konzepte

[Rz 18] Soll die Rechtsprechung nicht völlig neu konstruiert werden und soll – was uns wünschenswert und praktikabel erscheint – an der Konstruktion einer Vermutung festgehalten werden, so muss zumindest an der Vermutungsbasis gearbeitet werden. Es muss sichergestellt werden, dass ungerechtfertigte Leistungsablehnungen, sogenannte falschnegative Fälle, mit grösstmöglicher Wahrscheinlichkeit

ausgeschlossen werden können. Das heisst, dass die Vermutungsbasis auf eine empirisch verlässlichere Grundlage gestellt werden muss.³⁹

[Rz 19] Hier besteht aber das Problem, dass es in der Medizin an einem Konsens bezüglich der Art der Bewertung der psychischen Grundfunktionen fehlt. Erforderlich wäre die Herausarbeitung von Kriterien, welche mit der Chance auf Wiedereingliederung korrelieren – wobei die Kriterien mit epidemiologischen Methoden zu belegen wären.⁴⁰

[Rz 20] Zu prüfen ist vor allem aber auch, ob «Schmerz» an sich nicht der falsche Ansatzpunkt zur Beurteilung der Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit ist. Denn jeder Mensch geht anders mit Schmerzen um.⁴¹ Eine Beurteilung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit aufgrund der funktionalen Leistungsfähigkeit der betroffenen Person scheint angemessener. Hierzu könnte, wie dies auch etwa von JEGGER postuliert wird, mit den Kriterien der «International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF)» gearbeitet werden.⁴²

2. Sachgerechtigkeit statt blosser Sparwille

[Rz 21] Oberstes Ziel eines neuen Konzepts darf es zudem nicht sein, lediglich zu «sparen». Zweck der Sozialversicherungen ist es, für jene Menschen einen finanziellen Ausgleich zu schaffen, die effektiv eine Einbusse in ihrem Leistungsvermögen erlitten haben. Die Schmerzrechtsprechung des Bundesgerichts dient insofern der Abgrenzung zwischen anspruchsberechtigten Versicherten und solchen, denen kein Anspruch zusteht. Aufgrund der Tendenz der Schmerzrechtsprechung zu «Alles-oder-nichts»-Lösungen kann bei den Betroffenen diesbezüglich leider ein falscher Eindruck entstehen.

[Rz 22] Es darf zudem nicht vergessen werden, dass die Zumutbarkeitsbeurteilung erst in zweiter Linie im finanziellen Interesse der Gesellschaft liegt. Primär erfolgt sie im Interesse der Einzelnen, da die Integration ins Berufs- und Erwerbsleben für die Zufriedenheit der Einzelnen wichtig ist.⁴³ Dies aber nur dann, wenn die versicherte Person tatsächlich noch über genügend Ressourcen verfügt, um einer entsprechenden Beschäftigung nachzugehen. Bei der Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit sollte demnach konsequenter als bisher auf noch vorhandene Ressourcen – aber auch auf das effektive Mass von deren Einschränkung – der betroffenen Person abgestellt werden. Dies hätte sicherlich vermehrt die Zusprache

³³ JEGGER, Entwicklung (Fn. 10), Ziff. 4.3.

³⁴ Vgl. GÄCHTER, HAVE (Fn. 16), S. 57; JEGGER, Entwicklung (Fn. 10), Ziff. 4.3; MÜLLER (Fn. 16), S. 560 i.V.m. 569.

³⁵ GÄCHTER, Beweis (Fn. 28), S. 261.

³⁶ GÄCHTER/TREMP (Fn. 16), Rz. 37; JEGGER, Zumutbarkeit (Fn. 29), S. 101.

³⁷ GÄCHTER, Beweis (Fn. 28), S. 246; JEGGER, Entwicklung (Fn. 10), Ziff. 4.4; JEGGER, Zumutbarkeit (Fn. 29), S. 118.

³⁸ GÄCHTER, Beweis (Fn. 28), S. 246; JEGGER, Zumutbarkeit (Fn. 29), S. 119.

³⁹ JEGGER, Zumutbarkeit (Fn. 29), S. 102.

⁴⁰ JEGGER, Zumutbarkeit (Fn. 29), S. 102 f.

⁴¹ OLIVERI MICHAEL, Was sollen wir messen: Schmerz oder Funktion?, in: Schaffhauser René/Schlauri Franz (Hrsg.), Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen 2003, S. 389 ff., 390.

⁴² Ausführlicher dazu: JEGGER, Zumutbarkeit (Fn. 29), S. 104 ff.

⁴³ MURER, Schlüsselbegriff (Fn. 26), S. 27 f.

von Teilrenten zur Folge, was wohl meist eine angemessene Lösung wäre.⁴⁴

[Rz 23] So geht etwa das von JOHANNES BIRCHER postulierte «Meikirch-Modell»⁴⁵ von der These aus, dass Gesundheit dann vorliegt, wenn das biologisch gegebene (durch genetische Ausrüstung bestimmte) und das persönlich erworbene (z.B. im Lauf des Lebens erworbene Immunitäten gegen Krankheiten) Potential eines Menschen genügen, um die alters- und kulturspezifischen Anforderungen des Lebens zu befriedigen. Erleidet eine versicherte Person eine gesundheitliche Schädigung, wird ihr biologisches Potential verringert. Unter solchen Umständen kann die Gesundheit gewahrt werden, wenn entweder das persönlich erworbene Potential den Verlust auszugleichen vermag oder in dem die Anforderungen des Lebens reduziert werden. Da jeder Mensch im Rahmen des persönlich erworbenen Potentials unterschiedliche Ressourcen hat, ist der Umgang mit körperlichen Schädigungen und Beeinträchtigungen von Person zu Person verschieden.

[Rz 24] Wichtig wäre, dass in der Medizin und der Psychologie ein Modell entwickelt würde, welches es erlaubt, das persönliche Potential im Einzelfall zuverlässig und nachvollziehbar abzuklären. Gestützt darauf könnte dann rechtlich beurteilt werden, ob die Arbeitsunfähigkeit zumutbarerweise überwindbar ist, oder ob eine Rente zu sprechen ist, so dass das Individuum in dem Mass unterstützt wird, dass sein biologisches und persönliches Potential wieder genügt, um die Anforderungen des Lebens zu meistern.

V. Wie weiter?

[Rz 25] Das Fehlen eines tragfähigen, allgemein anerkannten medizinisch-psychiatrischen Konzepts im Bereich der «PÄUSBONOG», welches eine Unterscheidung zwischen invalidisierenden Störungen und sonstigen Beeinträchtigungen erlaubt, hat dazu geführt, dass sich die Praxis – mittels der Schmerzrechtsprechung – selbst geholfen hat.⁴⁶ Diese ist aber wohl, wie heute offen eingestanden wird, noch nicht der Weisheit letzter Schluss.⁴⁷

[Rz 26] Die Richtlinien für die Begutachtung psychischer Leiden, deren Erarbeitung vom Bundesamt für Sozialversicherung in Auftrag gegeben worden ist, werden nicht nur die formellen Aspekte der Vorgehensweise bei einer Begutachtung ordnen, sondern auch evidenzbasierte Kriterien zur Beurteilung von psychischen Behinderungen bestimmen.⁴⁸ Diese

Richtlinien könnten dereinst, wenn sie hinreichend fundiert sind und in der Fachwelt akzeptiert werden, die Basis für eine differenziertere und in vielen Fällen wohl auch sachgerechtere Rechtsprechung bilden. Eine differenzierte Behandlung einzelner Beschwerdebilder wird sich – im Gegensatz zur heutigen Tendenz – vermutlich aufdrängen.⁴⁹

[Rz 27] Bis solche verbesserten Kriterien vorliegen, muss darauf geachtet werden, dass bei der rechtlichen Beurteilung von «PÄUSBONOG» nicht auf Zusammenhänge abgestellt wird, die medizinisch nicht bewiesen sind.⁵⁰ Da die natürliche Vermutung, die bei der Schmerzrechtsprechung zur Anwendung gelangt, nur sehr dürftig abgestützt ist, sollte vorläufig *keine weitere Ausdehnung der Rechtsprechung mehr vorgenommen werden*. Dies umso mehr, als «PÄUSBONOG» unter die Schlussbestimmung der 6. IV-Revision fallen. Mit Blick auf diese Gesetzesänderung muss unbedingt darauf geachtet werden, dass den «Richtigen» eine Rentenleistung gekürzt oder entzogen wird – d.h. jenen Personen, die *tatsächlich eine Chance auf Wiedereingliederung* haben.

[Rz 28] In nächster Zeit gilt es folglich, zuverlässige empirische Studien zu erstellen oder zu beschaffen, die im Umgang mit «PÄUSBONOG» eine verlässliche Hilfe sind. Die Kriterien zur Beurteilung der Unzumutbarkeit müssen breiter und besser auf eine empirische Basis abgestützt werden. Dabei muss sich die Medizin treu bleiben können, d.h. am bio-psycho-sozialen Krankheitsmodell festhalten dürfen. Es ist sodann Aufgabe des Rechts, die medizinischen Erkenntnisse, Fortschritte und Veränderungen zu berücksichtigen, die Zumutbarkeitskriterien entsprechend anzupassen und daran anschliessend eine entsprechende Wertung vorzunehmen.⁵¹ Unabdingbar hierfür ist eine interdisziplinäre Zusammenarbeit.⁵²

Prof. Dr. iur. Thomas Gächter, Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich. RA Dr. iur. Dania Tremp, Zürich.

* * *

⁴⁴ Z.B. GÄCHTER, HAVE (Fn. 16), S. 57.

⁴⁵ Vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen: BIRCHER JOHANNES, Macht Zumutung krank oder gesund?, in: Murer Erwin (Hrsg.), Was darf dem erkrankten oder verunfallten Menschen zugemutet werden?, Bern 2008, S. 325 ff., 327 ff.

⁴⁶ MEYER, Dekade (Fn. 19), S. 32.

⁴⁷ Siehe MEYER, Dekade (Fn. 19), S. 32.

⁴⁸ Vgl. den Hinweis bei MEYER, Dekade (Fn. 19), S. 29. Zudem: Universitäre

Psychiatrische Kliniken Basel, Literaturstudie als Grundlage zur Entwicklung von evidenzbasierten Gütekriterien zur Beurteilung von psychischen Behinderungen, erarbeitet für das Bundesamt für Sozialversicherungen, Basel 2009, abrufbar unter: <<http://www.bsv.admin.ch/dokumentation/publikationen/00098/index.html?lang=de>> (1. Mai 2011).

⁴⁹ GÄCHTER/TREMP (Fn. 16), Rz. 54.

⁵⁰ MEYER, Schleudertrauma (Fn. 24), S. 484 f.

⁵¹ GÄCHTER, Beweis (Fn. 28), S. 246.

⁵² MEYER, Arbeitsunfähigkeit (Fn. 20), S. 102.